# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PEDRO CRUZ VILLALÓN
föredraget den 22 juni 2010[1]

## I — Inledning

1. Grondwettelijk Hof (författningsdomstolen) i Belgien vill att Europeiska unionens domstol ska pröva räckvidden av de bestämmelser i direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster inom telekommunikationssektorn[2] som reglerar ersättning för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster. Närmare bestämt ombeds domstolen att avgöra huruvida direktivet i fråga, tolkat mot bakgrund av dess ramdirektiv 2002/21/EG,[3] medger att en lagstiftare agerar som nationell regleringsmyndighet och fastställer att en samhällsomfattande tjänst vars tillhandahållande medför underskott är ”oskäligt betungande” enbart på grundval av en uppskattning av kostnaderna som gjordes innan telekommunikationsmarknaden avreglerades.

2. Även om den hänskjutande domstolen riktar sin uppmärksamhet mot de belgiska bestämmelser som reglerar ersättningen för samtliga skyldigheter att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, förefaller målet vid den nationella domstolen främst röra en viss tjänst: de så kallade sociala taxorna. De bestämmelser som reglerar ersättningen för tillhandahållandet av denna tjänst har även fått Europeiska kommissionen att reagera och väcka talan om fördragsbrott vid domstolen i mål C-222/08, kommissionen mot Belgien. Mitt förslag till avgörande i det målet föredras samma dag som förslaget i förevarande mål.

3. I förevarande mål har ett antal telekommunikationsföretag väckt talan vid Grondwettelijk Hof om ogiltigförklaring av vissa artiklar i den lag som reglerar ersättningen för tillhandahållande av samhällsomfattande telekommunikationstjänster och gjort gällande att de strider mot grundlagen. Klagandena menar att de diskrimineras i förhållande till den traditionella operatören Belgacom, eftersom ersättningen för dessa tjänster gynnar Belgacom i förhållande till de övriga bolagen.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktiv om samhällsomfattande tjänster) (EGT L 108, s. 51).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, s. 33).

4. Följaktligen ber Grondwettelijk Hof Europeiska unionens domstol att göra en tolkning som avser de nationella regleringsmyndigheternas karaktär enligt unionsrätten och frågan hur skyldigheter att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster ska ersättas mot bakgrund av direktiv 2002/22.

## II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Unionsrätten*

5. I direktiv 2002/21, som är ett sekundärrättsligt ramdirektiv för telekommunikationsområdet, finns ett antal allmänna bestämmelser som är tillämpliga på nationella regleringsmyndigheter. I förevarande mål är artikel 3 av särskild betydelse. Där föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall säkerställa att alla uppgifter som åvilar de nationella regleringsmyndigheterna enligt detta direktiv och enligt särdirektiven fullgörs av ett behörigt organ.

2. Medlemsstaterna skall garantera sina respektive nationella regleringsmyndigheters oberoende genom att säkerställa att de är rättsligt åtskilda från och verksamhetsmässigt oberoende av alla organisationer som tillhandahåller nät, utrustning eller tjänster för elektronisk kommunikation. Medlemsstater som behåller äganderätten till eller kontrollen över företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationsnät och/eller kommunikationstjänster skall säkerställa att en faktisk organisatorisk åtskillnad görs mellan regleringsverksamheten och sådan verksamhet som har samband med ägande eller kontroll.

3. Medlemsstaterna skall säkerställa att de nationella regleringsmyndigheterna utövar sina befogenheter på ett sätt som är opartiskt och öppet redovisat.

4. Medlemsstaterna skall säkerställa att de uppgifter som skall utföras av de nationella regleringsmyndigheterna offentliggörs i lätt åtkomlig form, i synnerhet när sådana uppgifter ges till fler än ett organ. … Om mer än en myndighet har behörighet i sådana ärenden, skall medlemsstaterna säkerställa att varje myndighets respektive uppgifter offentliggörs i lätt åtkomlig form.

…

6. Medlemsstaterna skall till kommissionen anmäla alla nationella regleringsmyndigheter som tilldelas uppgifter enligt detta direktiv och särdirektiven samt deras respektive ansvarsområden.”

6. Direktiv 2002/22 innehåller tillämpningsföreskrifter för ramdirektivet beträffande de samhällsomfattande tjänster som finns inom telekommunikationsområdet.

7. Enligt artikel 3 i direktiv 2002/22 ska medlemsstaterna säkerställa att telekommunikationstjänsterna tillhandahålls med en viss kvalitet och framför allt att de tillhandahålls till ett överkomligt pris om onormala förhållanden råder.

8. Enligt direktiv 2002/22 innefattar de samhällsomfattande tjänsterna följande: (a) anslutning till det allmänna telefonnätet i fasta anslutningspunkter till ett överkomligt pris, (b) tillhandahållande av tillräckligt många telefonautomater och att användarna kan ringa nationella larmnummer, och i synnerhet det gemensamma europeiska larmnumret (112), avgiftsfritt från vilken telefon som helst, (c) abonnentförteckningar och nummerupplysningstjänst och (d) särskilda åtgärder för socialt utsatta användare som konsumenter på landsbygden eller i geografiskt isolerade områden, äldre, personer med funktionshinder och låginkomsttagare, för att de ska få tillgång till tjänsterna på samma villkor som alla andra.

9. Artikel 8 i direktiv 2002/22 handlar om urval av företag som ska tillhandahålla samhällsomfattande tjänster:

”1. Medlemsstaterna får utse ett eller flera företag som skall säkerställa att samhällsomfattande tjänster tillhandahålls i enlighet med artiklarna 4, 5, 6 och 7 samt, i tillämpliga fall, artikel 9.2 så att hela det nationella territoriet kan täckas. Medlemsstaterna får utse olika företag eller företagsgrupper som skall tillhandahålla olika delar av de samhällsomfattande tjänsterna och/eller täcka olika delar av det nationella territoriet.

2. När medlemsstaterna utser företag i delar av eller hela det nationella territoriet till företag med skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, skall detta ske med hjälp av ett effektivt, objektivt, öppet redovisat och icke-diskriminerande urvalssystem, varigenom inget företag på förhand utesluts från möjligheten att bli utsett. Sådana urvalsmetoder skall säkerställa att samhällsomfattande tjänster tillhandahålls på ett kostnadseffektivt sätt och kan användas för fastställande av nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster i enlighet med artikel 12.”

10. Enligt skäl 10 i direktiv 2002/22 är ett ”överkomligt pris” ”ett pris som medlemsstaten fastställer på nationell nivå mot bakgrund av särskilda nationella förhållanden och kan innefatta gemensamma taxor som är oberoende av geografisk belägenhet eller särskilda

taxealternativ för användare med låga inkomster. Ett överkomligt pris för den enskilde konsumenten står i samband med dennes möjlighet att överblicka och kontrollera sina utgifter."

11. Allmänna bestämmelser om de sociala taxorna finns i artikel 9 i direktiv 2002/22:

"1. De nationella regleringsmyndigheterna skall övervaka utvecklingen av och nivån på taxorna för slutkunder när det gäller de tjänster som i artiklarna 4, 5, 6 och 7 anges vara omfattade av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster och som tillhandahålls av utsedda företag, särskilt i förhållande till nationella konsumentpriser och inkomster.

2. Medlemsstaterna får mot bakgrund av nationella förhållanden kräva att utsedda företag erbjuder konsumenterna olika taxealternativ eller taxepaket som skiljer sig från dem som erbjuds till vanliga kommersiella villkor, särskilt för att säkerställa att låginkomsttagare eller personer med särskilda sociala behov inte hindras från tillträde till eller användning av den allmänt tillgängliga telefonitjänsten.

3. Medlemsstaterna får, förutom varje bestämmelse om att utsedda företag skall erbjuda särskilda taxealternativ eller iaktta prisbegränsningar eller geografisk utjämning eller andra liknande ordningar, säkerställa att konsumenter med låga inkomster eller särskilda sociala behov ges stöd.

..."

12. För att säkerställa ett effektivt tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster föreskrivs i artikel 13 i direktiv 2002/22 en metod för finansiering av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster:

"1. Om de nationella regleringsmyndigheterna på grundval av en nettokostnadskalkyl enligt artikel 12 konstaterar att den ekonomiska bördan blir oskäligt betungande för ett företag, skall en medlemsstat på ett utsett företags begäran besluta

a) att införa ett system för att på öppet redovisade villkor via offentliga medel ersätta företaget för de fastställda nettokostnaderna, och/eller

b) att fördela nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster mellan leverantörer av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster.

2. Om nettokostnaden fördelas enligt punkt 1 b skall medlemsstaterna införa ett fördelningssystem som administreras av den nationella regleringsmyndigheten eller ett organ som är oberoende av förmånstagarna under tillsyn av den nationella regleringsmyndigheten. Endast den nettokostnad som fastställs i enlighet med artikel 12 och som avser skyldigheter i artiklarna 3-10 får finansieras.

3. Ett fördelningssystem skall iaktta principerna om insyn, minsta marknadspåverkan, icke-diskriminering och proportionalitet i enlighet med principerna i del B i bilaga IV. Medlemsstaterna kan välja att inte kräva in bidrag från företag vars nationella omsättning understiger en viss gräns.

4. Avgifter i samband med fördelning av kostnader för skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall skiljas från varandra och fastställas separat för varje företag. Sådana avgifter får inte påföras eller krävas in från företag som inte tillhandahåller tjänster inom den medlemsstats territorium där fördelningssystemet har införts."

13. Innan ersättning betalas ut ska en uppskattning göras av kostnaderna för de samhällsomfattande tjänsterna. Hur de ska beräknas behandlas i artikel 12 i direktiv 2002/22:

"1. Om de nationella regleringsmyndigheterna bedömer att tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster enligt artiklarna 3-10 kan vara oskäligt betungande för de företag som har utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall de beräkna nettokostnaderna av tillhandahållandet.

I detta syfte skall de nationella regleringsmyndigheterna

a) beräkna nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster med hänsyn till de eventuella marknadsfördelarna för ett företag som utsetts att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster, i enlighet med del A i bilaga IV, eller

b) använda nettokostnader för tillhandahållandet av samhällsomfattande tjänster som fastställts genom ett urvalssystem enligt artikel 8.2.

2. Den redovisning och/eller annan information som tjänar som grundval för beräkningen av nettokostnaden för skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster enligt punkt 1 a skall granskas eller verifieras av den nationella regleringsmyndigheten eller ett organ som är oberoende av de berörda parterna och har godkänts av den nationella

regleringsmyndigheten. Resultatet av kostnadskalkylen och slutsatserna av revisionen skall vara tillgängliga för allmänheten.”

14. I ovannämnda del A i bilaga IV föreskrivs följande:

”…

Nettokostnaden för samhällsomfattande tjänster skall beräknas som skillnaden mellan nettokostnaden för ett utsett företag att bedriva verksamheten med tillhandahållandet av de samhällsomfattande tjänsterna och kostnaden för att bedriva verksamheten utan samhällsomfattande tjänster. Detta gäller oavsett om nätet i en enskild medlemsstat är fullt utbyggt eller fortfarande är under utbyggnad och tillväxt. Man skall bemöda sig om att göra en korrekt bedömning av de kostnader som ett utsett företag skulle ha valt att undvika om skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster inte hade förelegat. Vid nettokostnadsräkningen bör fördelarna, inklusive immateriella värden, bedömas för operatör som tillhandahåller samhällsomfattande tjänster.

Beräkningen skall bygga på kostnader som kan hänföras till följande:

i) Delar av de angivna tjänsterna som endast kan tillhandahållas med förlust eller på ekonomiska villkor som faller utanför normala kommersiella villkor.

Denna kategori får inbegripa tjänstekomponenter som tillgång till larmtjänster, tillhandahållande av vissa telefonautomater, tillhandahållande av vissa tjänster eller viss utrustning för personer med funktionshinder m.m.

ii) Vissa slutanvändare eller grupper av slutanvändare, som med beaktande av kostnaden för att tillhandahålla det angivna nätet och den angivna tjänsten, den intäkt som uppkommer samt den geografiska utjämning av priserna som åläggs av en medlemsstat, endast kan betjänas med förlust eller på ekonomiska villkor som faller utanför normala kommersiella villkor.

Denna kategori inbegriper de slutanvändare eller grupper av slutanvändare som inte skulle erhålla tjänsten från en kommersiell operatör som inte var skyldig att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster.

Nettokostnaden för vissa delar av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall beräknas för sig för att undvika dubbelberäkning av direkta eller indirekta förmåner och kostnader. Den totala nettokostnaden för ett företags skyldighet att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster skall beräknas som summan av nettokostnaderna för varje särskild del av de samhällsomfattande tjänsterna med beaktande av eventuella immateriella förmåner. Ansvaret för kontrollen av nettokostnaderna faller på den nationella regleringsmyndigheten.”

B — *Den belgiska rätten*

15. I lagen av den 13 juni 2005 om elektroniska telekommunikationer, i dess lydelse enligt lag av den 25 april 2007 (nedan kallad 2005 års lag i ändrad lydelse), föreskrivs ett system för finansiering av samhällsomfattande tjänster där åtskillnad görs mellan sociala taxor och övriga skyldigheter att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster.

16. Artikel 74 i 2005 års lag i ändrad lydelse (i dess lydelse enligt artikel 173 i lagen av den 25 april 2007) innehåller grundläggande principer för ersättning mellan operatörer. Där föreskrivs att ”särskilda taxevillkor för vissa kategorier av användare” ska beaktas som en social beståndsdel i den samhällsomfattande tjänsten. [4]

17. Det åligger Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (Belgiska institutet för post- och telekommunikationstjänster, nedan kallat BIPT) att varje år till ministern skicka en rapport över hur många ”sociala abonnenter” de olika företagen betjänar, i förhållande till företagens marknadsvolym inom området allmän telefoni. [5]

18. När en operatör ansöker om ersättning för ”sociala taxor” hos BIPT, erhåller denna ersättning via en fond som har ställning som juridisk person och som handhas av BIPT. [6]

19. För att kompensera för den börda som de ”sociala kunderna” medför för respektive företag, föreskrivs i artikel 74 sjätte och sjunde styckena hur medlen ska fördelas i förhållande till företagens totala omsättning. Ersättning ska utgå omedelbart, men utbetalning av ersättning via fonden ska ske först när fonden har tagits i bruk eller senast under året efter att artikel 74 trädde i kraft. [7]

20. Nettokostnaden för de ”sociala taxorna” för de operatörer som ansöker om ersättning ska beräknas av BIPT med hjälp av den metod som anges i bilagan. [8] BIPT får dessutom fastställa hur kostnader och ersättningar ska beräknas inom ramen för vad som föreskrivs i lagen i fråga. [9]

21. Enligt artikel 45bis i nämnda bilaga ska nettokostnaden för de sociala taxorna beräknas såsom skillnaden mellan de intäkter som företaget skulle ha erhållit under normala marknadsvillkor och de intäkter som det faktiskt erhåller till följd av att det måste tillämpa de sociala rabatter som lagen föreskriver för dem som är berättigade till sociala taxor. Dessutom finns en övergångsregel, enligt vilken ersättningen till den traditionella operatören (i förekommande fall) under de första fem åren efter att lagen trädde i kraft ska minskas med en viss procentsats som

4 — Artikel 74 första stycket.
5 — Artikel 74 tredje stycket.
6 — Artikel 74 fjärde stycket.
7 — Artikel 74 åttonde stycket.
8 — Artikel 74 nionde stycket.
9 — Artikel 74 tionde stycket.

fastställs av BIPT med beaktande av den indirekta nyttan. Denna ska grunda sig på BIPT:s beräkningar av nettokostnaderna för operatörens sociala taxor.

22. I artikel 202 i 2007 års lag anges hur den sista punkten i artikel 74 i 2005 års lag, enligt vilken ersättning från fonden ska utgå omedelbart, ska tolkas. I artikel 202 anges att den belgiska lagstiftaren i samband med att 2005 års lag utarbetades och med hänsyn till de villkor som föreskrivs i direktiv 2002/22, på begäran av den traditionella operatören för den samhällsomfattande tjänsten och efter att BIPT hade fastställt nettokostnaden för denna tjänst, i egenskap av nationell regleringsmyndighet gjorde en värdering av den belastning som det tidigare monopolföretaget utsattes för. Lagstiftaren drog slutsatsen att om hänsyn togs till de indirekta fördelarna (däribland de immateriella) innebar varje underskott att det förelåg en orimlig belastning.

## III — Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

23. Den 8 november 2007 väckte Base, Euphony Benelux, Mobistar, Uninet International, T2 Belgium och KPN Belgium talan om ogiltigförklaring av lagen av den 25 april 2007 vid Grondwettelijk Hof, och gjorde gällande att den innebar ett åsidosättande av artiklarna 10 och 11 i Grondwet (den belgiska grundlagen).

24. Klagandena menade att dessa bestämmelser medför en särbehandling av det tidigare monopolföretaget Belgacom genom att lagstiftaren har fastslagit att de samhällsomfattande tjänsterna är ”oskäligt betungande” för detta företag och att detta ställningstagande endast kan ändras lagstiftningsvägen. Vad beträffar klagandena är det däremot BIPT som fastställer och eventuellt omprövar huruvida tillhandahållandet av tjänsterna är ”oskäligt betungande”.

25. Vidare beräknade lagstiftaren SA Belgacoms nettokostnad utifrån bolagets bokföring för år 2001, medan BIPT utgick från aktuella siffror för klagandebolagen då beräkningen gjordes.

26. Grondwettelijk Hof utgick emellertid från att lagstiftaren, i egenskap av nationell regleringsmyndighet, har fastställt att ett tillhandahållande av de samhällsomfattande tjänsterna på olönsamma villkor är ”oskäligt betungande” för samtliga leverantörer, och domstolen beslutade därför att ställa följande tolkningsfråga:

”Ska artikel 12 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och

användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktivet om samhällsomfattande tjänster) tolkas så att den behörige lagstiftaren i en medlemsstat, i sin egenskap av nationell regleringsmyndighet, generellt och på grundval av beräkningen av nettokostnaderna för den som tillhandahåller samhällsomfattande tjänster och som tidigare var ensam leverantör, får fastställa att tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster kan vara 'oskäligt betungande' för de företag som utsetts till leverantörer av sådana tjänster?"

## IV — Förfarandet vid domstolen

27. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 8 september 2008.

28. Den belgiska regeringen, Base och Belgacom samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

29. Den muntliga förhandlingen var gemensam för förevarande mål om förhandsavgörande och för mål C-222/08 och hölls den 17 mars 2010 i närvaro av ombuden för Konungariket Belgien, Base m.fl., Belgacom NV och kommissionen.

## V — Prövning av tolkningsfrågan

30. Mot bakgrund av hur Grondwettelijk Hof har formulerat frågan ska det i första hand klarläggas huruvida den belgiska lagstiftaren handlade i enlighet med direktiv 2002/22 då den 2007 avgav en retroaktiv tolkningsförklaring, med beaktande av att det i direktivet uttryckligen anges att sådana beslut ska fattas av de nationella regleringsmyndigheterna. Om svaret på denna fråga är jakande ska det därefter prövas huruvida en abstrakt generell bedömning som endast bygger på uppgifter rörande det tidigare monopolföretaget Belgacom, kan tillämpas på de övriga företagen utan att hänsyn tas till deras särskilda förhållanden.

### A — *De nationella regleringsmyndigheterna och den belgiska lagstiftarens ingripande*

31. För att fullgöra de regleringsuppgifter som föreskrivs i direktiv 2002/21 har medlemsstaterna utsett oberoende organ med tekniska specialistkunskaper. Detta följer av artikel 3.2 i direktivet, där det anges att dessa organ, de nationella regleringsmyndigheterna, ska vara "rättsligt åtskilda från och verksamhetsmässigt oberoende av alla organisationer som tillhandahåller nät, utrustning eller tjänster för elektronisk kommunikation".

32. Denna åtgärd, som har fått stor institutionell betydelse, har sin grund i avregleringen av strategiska marknader där staten

traditionellt haft en monopolställning, exempelvis telekommunikationsmarknaden. Den innebär att staten enligt unionsrätten får två skilda roller: dels som medlare med ställning som offentlig myndighet och dels som näringsidkare med legitima vinstintressen.

33. För att kunna förena dessa två roller har regleringsfunktionen lagts på oberoende myndigheter som inom telekommunikationsområdet benämns nationella regleringsmyndigheter. Det oberoende som dessa myndigheter åtnjuter har stöd i artiklarna i direktiven, men medlemsstaterna har även ett utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att fastställa den närmare räckvidden för detta oberoende. Det måste således påpekas att de nationella regleringsmyndigheternas oberoende skyddas, eller definieras, på två olika nivåer: dels i unionsrätten, där en mer generell definition ges i direktiven, och dels i den nationella rätten, där oberoendet definieras närmare.

34. Denna andra nivå där de nationella regleringsmyndigheternas oberoende definieras erkänns i själva ramdirektivet, i vilket det i skälen anges att deras regleringsutrymme ”[inte] påverkar ... medlemsstaternas institutionella självbestämmanderätt och konstitutionella skyldigheter eller principen om neutralitet när det gäller medlemsstaternas egendomsordning i enlighet med artikel 295 i fördraget ...” [10]

35. Som komplettering till denna ram har domstolen nyligen tillhandahållit viss tolkningsvägledning som kan användas för att överbrygga motsättningen mellan de nationella regleringsorganens oberoende och medlemsstaternas institutionella autonomi.

1. Praxis från domstolen som är tillämplig på de nationella regleringsmyndigheterna och på medlemsstaternas institutionella autonomi

36. Enligt en väl etablerad princip ska beslut om vilka organ i medlemsstaterna som ska fullgöra de skyldigheter som följer av unionsrätten fattas i enlighet med respektive stats konstitutionella system. [11] Den behörighetsfördelning som medlemsstaterna fastställer får emellertid inte äventyra de unionsrättsliga bestämmelsernas lydelse eller deras ändamålsenliga verkan.

10 — Skäl 11.

11 — Se bland annat domar av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, och i mål 45/76, Comet (REG 1976, s. 2043), punkt 13, av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 12, av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage Crehan (REG 2001, s. I-6297), punkt 29, av den 11 september 2003 i mål C-13/01, Safalero (REG 2003, s. I-8679), punkt 49, av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 39, och av den 7 juni 2007 i de förenade målen C-222/05–C-225/05, Van der Weerd m.fl. (REG 2007, s. I-4233), punkt 28.

37. Denna motsättning mellan den institutionella autonomin och unionsrättens effektivitet skärps när unionslagstiftaren harmoniserar en sektor och inför institutionella regleringsåtgärder som är tillämpliga på medlemsstaterna. Detta gäller som bekant direktiven inom telekommunikationsområdet, där det i ramdirektivet föreskrivs att medlemsstaterna ska inrätta oberoende organ med specialistkunskaper. [12] I en sådan situation måste den nationella institutionella ordningen visserligen anpassas till unionsrätten, men det innebär inte att medlemsstaterna berövas allt handlingsutrymme.

38. I domstolens praxis bekräftas nämligen att inrättandet och regleringen av de nationella regleringsmyndigheterna sker inom en allmän abstrakt ram som lagts fast i telekommunikationsdirektiven och att medlemsstaterna därvid har ett betydande beslutsutrymme. I de två domar som är relevanta för detta område, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [13] och kommissionen mot Tyskland [14] finns dessa och andra riktlinjer som är särskilt användbara i förevarande mål.

39. I målet Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ställdes frågan huruvida en medlemsstat får låta skilda myndigheter ansvara för tilldelning av nationella nummerresurser och förvaltning av de nationella nummerplanerna. Dessa uppgifter regleras i artikel 10.1 i ramdirektivet och Spanien hade delat upp dem mellan den nationella regleringsmyndigheten och regeringen. Domstolen besvarade frågan så att ramdirektivet inte är till hinder för att en medlemsstat fördelar den verksamhet som enligt direktivet ska bedrivas av den nationella regleringsmyndigheten mellan flera olika organ. Domen innehöll emellertid ett viktigt klargörande, nämligen att medlemsstaterna inte bara ska säkerställa att regleringsmyndigheterna är verksamhetsmässigt oberoende av de organisationer som tillhandahåller nät, utrustning eller tjänster för elektronisk kommunikation, ”utan även tillse att de uppgifter som skall utföras av nämnda regleringsmyndigheter offentliggörs i lätt åtkomlig form, liksom till kommissionen anmäla namnet på regleringsmyndigheter som tilldelas dessa uppgifter samt deras respektive ansvarsområden”. [15]

40. Tvisten mellan den spanska nationella regleringsmyndigheten och den spanska regeringen avgjordes slutligen av Tribunal Supremo (Högsta domstolen), vilken då

12 — Se härvidlag Muñoz Machado, S., och Esteve Pardo, J. (red.), ”Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, *Derecho de la regulación económica*, volym I, Iustel, Madrid, 2009, s. 133.

13 — Dom av den 6 mars 2008 i mål C-82/07, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (REG 2008, s. I-1265).

14 — Dom av den 3 december 2009 i mål C-424/07, kommissionen mot Tyskland (REU 2009, s. I-11431).

15 — Punkt 25.

tillämpade ovannämnda rättspraxis och dömde till den nationella regleringsmyndighetens fördel: [16] å ena sidan är det tillåtet att ha olika oberoende regleringsorgan som utgör nationella regleringsmyndigheter, å andra sidan måste medlemsstaten dela upp uppgifterna på ett sådant sätt att en viss förutsebarhet säkerställs och tydligt ange vilka befogenheter respektive organ har samt utan dröjsmål underrätta kommissionen om dessa. [17]

41. Den andra domen från domstolen som bör beaktas är den som nyligen meddelades i målet kommissionen mot Tyskland. Där hade kommissionen väckt talan om fördragsbrott och gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland åsidosatt telekommunikationsdirektiven genom att i lag ha begränsat bestämmelsernas tillämpning på känsliga marknader samt de nationella regleringsmyndigheternas befogenheter att ge vägledning och ingripa med avseende på särskilda mål för regleringen. I domen fastslog domstolen två saker som är av särskilt intresse i förevarande mål. För det första framhöll domstolen den roll som de nationella regleringsmyndigheterna har vid analysen av relevanta marknader för att i första hand kunna kontrollera huruvida de företag som finns på marknaden har ett betydande marknadsinflytande som ger upphov till störningar i marknadens funktionssätt. Domstolen fann att den tyska lagstiftaren hade berövat de nationella regleringsmyndigheterna de befogenheter som direktiven *uttryckligen* har gett dem, genom att inte låta dem definiera och analysera de nya marknaderna. [18] För det andra fastslog domstolen att en bestämmelse som innebär att de nationella regleringsmyndigheterna endast ska eftersträva vissa av de mål som föreskrivs i direktiven strider mot dessa direktiv. Här fann domstolen att om lagstiftaren ger företräde åt ett enda av de mål som de nationella regleringsmyndigheterna ska eftersträva enligt ramdirektivet, ”innebär [det] att en avvägning görs mellan nämnda mål, trots att en sådan avvägning ska göras av regleringsmyndigheten vid fullgörandet av de regleringsuppgifter som den ålagts”. [19]

42. Generaladvokaten Poiares Maduro bedömde ingående den sistnämnda frågan i sitt förslag till avgörande i målet kommissionen mot Tyskland och framhöll att lagstiftaren i vissa fall inte får utföra sådana uppgifter som tillkommer de nationella regleringsmyndigheterna. I punkt 63 i nämnda förslag till avgörande anger generaladvokaten att ”[d]et får … andra konsekvenser att anförtro den nationella lagstiftaren sådana bedömningar, jämfört med att anförtro NRM dessa. Det finns ett skäl till att NRM har upprättats och erhållit specifika befogenheter genom det gemenskapsrättsliga regelverket – de förväntas nämligen vara isolerade från vissa intressen och fatta sina beslut utifrån enbart de kriterier som anges i detta regelverk.”

16 — Dom av den 10 mars 2009 meddelad av Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª.

17 — Se Cienfuegos Mateo, M., och Armengol Ferrer, F., ”Cuestión prejudicial comunitaria, pluralidad de organismos nacionales reguladores en el ámbito de las telecomunicaciones y conflicto potencial de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Unión Europea Aranzadi*, oktober 2008.

18 — Punkterna 81–83.

19 — Punkt 93.

43. Det är just på grund av att lagstiftaren har särskilda uppgifter i varje nationellt konstitutionellt system som jag håller med generaladvokaten Poiares Maduro om att det kan finnas tillfällen då lagstiftarens uppgifter inte är förenliga med dem som ska fullgöras av de nationella regleringsmyndigheterna. Att det i direktiven anges att dessa organ ska göra en förberedande analys av marknaderna, göra en avvägning mellan målen och fatta enskilda beslut, beror på att de anses tekniskt och juridiskt mest lämpade för att utföra uppgifterna enligt unionens regelverk. [20]

44. Mot bakgrund av vad som ovan anförts kan följande slutsatser dras.

45. För det första avgör varje medlemsstat vilka särskilda uppgifter som de nationella regleringsmyndigheterna ska ha med stöd av direktiven och medlemsstaterna har här ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. Följaktligen utgör direktiven inte hinder för att det finns flera nationella regleringsmyndigheter på en och samma marknad och att var och en av dem har olika uppgifter, så länge uppdelningen inte ger upphov till rättsosäkerhet. Om flera olika organ utses till nationella regleringsmyndigheter måste det således finnas en viss förutsebarhet och öppenhet.

46. För det andra är det inte uteslutet att lagstiftaren fullgör vissa uppgifter som nationell regleringsmyndighet om medlemsstaten finner det lämpligt, men då måste de ovannämnda villkoren om förutsebarhet och öppenhet vara uppfyllda. Lagstiftaren har även möjlighet att fatta beslut som direkt påverkar de nationella regleringsmyndigheternas uppgifter, utan att lagstiftaren för den skull får ställning som sådan myndighet. [21] För att ett sådant ingripande ska överensstämma med direktiven får det emellertid, vilket framgår av domen i målet kommissionen mot Tyskland, inte medföra att funktioner som den nationella regleringsmyndigheten uttryckligen har tilldelats enligt direktiven begränsas eller undanröjs. Denna begränsning av medlemsstaternas lagstiftningsbefogenheter beror på att de nationella regleringsmyndigheterna har till syfte att fullgöra vissa uppgifter som medlemsstaterna då de antog direktivet ville skulle fullgöras av fackorgan som är

20 — Komesar, N., *Imperfect Alternatives – Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, sidan 176 och följande sidor.

21 — I skäl 13 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG av den 25 november 2009 (EUT L 337, s. 37) om ändring av 2002 års direktiv på telekommunikationsområdet anges att det är olämpligt att lagstiftaren agerar som nationell regleringsmyndighet, men det görs ingen entydig värdering beträffande detta. Tvärtom förefaller de oklara formuleringarna i skälet, vilket begränsar sig till att avhålla från lagstiftningsåtgärder, bekräfta att lagstiftarna får agera som nationella regleringsmyndigheter om de uppfyller vissa villkor: ”… I den nationella lagstiftningen bör det därför införas uttryckliga regler som säkerställer att den nationella regleringsmyndighet som har ansvaret för förhandsreglering av marknaden, eller för lösning av tvister mellan företag, skyddas mot extern inblandning eller politiska påtryckningar som kan äventyra dess oberoende bedömning av frågor som förelagts den när den fullgör sina åligganden. *På grund av sådan yttre påverkan är det olämpligt att ett nationellt lagstiftande organ agerar som regleringsmyndighet enligt regelverket.*” (Min kursivering.)

verksamhetsmässigt åtskilda från regeringen och den lagstiftande församlingen.

2. Den belgiska lagstiftningen mot bakgrund av direktiven och tolkningen av dem i rättspraxis

47. Det ska nu klargöras huruvida den belgiska lagstiftaren på ett legitimt vis har påtagit sig uppgifter som enligt ramdirektivet och direktiv 2002/22 i princip ska fullgöras av de nationella regleringsmyndigheterna. Om så inte är fallet ska det prövas huruvida den belgiska lagstiftaren, även om den gett sig själv ställning som nationell regleringsmyndighet, verkligen fick lov att agera på detta sätt.

48. I artikel 12.1 i direktiv 2002/22 föreskrivs det uttryckligen att det ankommer på de nationella regleringsmyndigheterna att bedöma om tillhandahållandet av en samhällsomfattande tjänst är oskäligt betungande för de företag som tillhandahåller tjänsten. I detta syfte ska de beräkna nettokostnaderna för tillhandahållandet med hänsyn till de kriterier som anges i artikel 12.1 a och b. När en sådan beräkning har gjorts ska den nationella regleringsmyndigheten formellt besluta huruvida ett företags tillhandahållande av tjänsten är oskäligt betungande i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 13 i direktiv 2002/22. Därefter nämns inte de nationella regleringsmyndigheterna mer, utan det anges att ”*en medlemsstat* på ett utsett företags begäran [skall] *besluta*” [22] att införa ett system för ersättning via offentliga medel eller ett system för fördelning av kostnader mellan leverantörer av telekommunikationstjänster.

49. Det förfarande som föreskrivs i direktiv 2002/22 är kristallklart och visar vilka funktioner som respektive institution har. Det är uppenbart att det är de nationella regleringsmyndigheterna som har till uppgift att utföra det förberedande arbetet med att analysera och fastställa marknaden och kostnaderna för en samhällsomfattande tjänst. De tilldelas denna uppgift för att marknaden ska kartläggas av ett verksamhetsmässigt oberoende organ som har tillräcklig teknisk kunskap. Det beror på att även om ersättning för tillhandahållande av en samhällsomfattande tjänst är en godtagbar åtgärd från marknadssynpunkt, finns det en risk för missbruk som kan påverka vissa operatörers konkurrenssituation. Därför bör det enligt direktiv 2002/22 vara den nationella regleringsmyndigheten som fastställer grunderna för framtida överföringar av medel till en eller flera tillhandahållare av tjänster.

50. Därefter, när det väl har fastställts att det finns en tillräcklig teknisk och rättslig grund för ersättning, tilldelar direktiv 2002/22 ”medlemsstaterna” något som skulle kunna kallas för en beslutskärna. De nationella

22 — Min kursivering.

regleringsmyndigheterna försvinner således när det som otvivelaktigt är det centrala beslutet ska fattas: ersättningssystemet och huruvida det ska tillämpas i det enskilda fallet. Genom direktiv 2002/22 har det således skapats ett system med två faser. I den första fasen, som är av förberedande och teknisk karaktär, är det enbart de nationella regleringsmyndigheterna som agerar. Den andra fasen, som handhas av medlemsstaterna, kan anförtros åt den institution som befinns mest lämpad, i enlighet med medlemsstaternas institutionella autonomi. Det finns ingenting som hindrar att det är lagstiftaren som är den myndighet som är behörig att fastställa ersättningssystemet, även om den måste göra det i enlighet med de riktlinjer som finns i artikel 13 i direktiv 2002/22.

51. Har Belgien tillämpat detta förfarande?

52. Mot bakgrund av de händelser som inträffat mellan åren 2005 och 2007 är det uppenbart att svaret bara kan bli nej.

53. För det första bör det påpekas att under den förberedande fasen, som enligt direktiv 2002/22 ska handhas av de nationella regleringsmyndigheterna och som i förevarande mål inföll under 2005 och handhades av lagstiftaren, nämndes ingenting om uppskattning av kostnader eller om att tillhandahållandet av tjänsterna skulle vara ”oskäligt betungande”. Först år 2007, efter att kommissionen hade inlett ett fördragsbrottsförfarande, vidtog den belgiska lagstiftaren en tolkningsåtgärd med retroaktiv verkan och klargjorde att en sådan analys hade gjorts genom 2005 års lag och att det genom denna hade bekräftats att tillhandahållandet av tjänsterna var ”oskäligt betungande”. Detta agerande strider mot det centrala syftet med artikel 12 i direktiv 2002/22, nämligen att säkerställa att den första fasen i förfarandet är förutsebar och av teknisk karaktär. Det beror på, vilket domstolen fastslog i målet Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, att uppgifter som ska utföras av ett organ – i det här fallet lagstiftaren – som påtar sig uppgifter som ska fullgöras av nationella regleringsmyndigheter, ska offentliggöras i lätt åtkomlig form och anmälas till kommissionen, varvid varje enhets ansvarsområden klart ska anges. [23] Inte nog med att det saknas uppgifter om att Belgien skulle ha gjort en sådan anmälan före 2005, utan det kan konstateras att lagstiftaren påtagit sig dessa uppgifter retroaktivt, vilket knappast är förenligt med den betydelse som stabilitet och rättssäkerhet inom detta område tillmäts i direktiven.

54. Inte ens om lagstiftaren hade velat ingripa som suveränt normgivande organ i stället för som nationell regleringsmyndighet, skulle ett sådant beteende ha varit förenligt med direktiv 2002/22. Enligt ovannämnda artikel 12 ankommer det på de nationella regleringsmyndigheterna, och endast på dem, att utföra det förberedande arbetet, vilket är av teknisk och juridisk karaktär, för att avgöra huruvida de

23 — Se den ovannämnda domen i målet Comisión Nacional de Telecomunicaciones, punkt 25.

företag som är skyldiga att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster åläggs en börda som är ”oskäligt betungande”. Enligt artikel 13 i direktiv 2002/22 upphävs detta monopol först när det är dags att fastställa och tillämpa ett konkret ersättningssystem. Även om lagstiftaren enligt detta direktiv är fullt behörig att välja mellan de olika ersättningssystem som unionsrätten föreskriver och här har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning som innebär att medlemsstaternas institutionella autonomi bevaras i ett skede som har nära anknytning till det rent ekonomiska beslutet, gäller raka motsatsen under det föregående analys- och kartläggningsskedet. Genom att den belgiska lagstiftaren har påtagit sig såväl den förberedande funktionen som den ekonomiska beslutsfunktionen som föreskrivs i artiklarna 12 och 13 i direktiv 2002/22, har den där föreskrivna balansen mellan de nationella regleringsmyndigheterna och de övriga nationella myndigheterna rubbats, och således har unionsrätten åsidosatts.

B — *Beräkningen av skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster*

55. Svaret på den första tolkningsfrågan gör att det inte är nödvändigt att fördjupa sig i de övriga frågor som Grondwettelijk Hof har ställt. Ett svar såsom det ovan redovisade innebär att den hänskjutande domstolen måste dra en entydig slutsats: eftersom både 2005 års lag och 2007 års lag är oförenliga med unionsrätten på grund av att det genom dessa lagar införs ett system som inte överensstämmer med det förfarande som föreskrivs i direktiv 2002/22, har föremålet för talan vid Grondwettelijk Hof bortfallit.

56. Även om den hänskjutande domstolen har hänvisat till ytterligare frågor i sin begäran om förhandsavgörande, bör den väsentliga frågan i målet anses ha besvarats på ett ändamålsenligt vis genom detta förslag till avgörande till domstolen, samtidigt som jag hänvisar till mitt förslag till avgörande i målet C-222/08.

## VI — Förslag till avgörande

57. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågan på följande sätt:

”Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster utgör hinder för att en nationell lagstiftare fastställer att skyldigheten att tillhandahålla samhällsomfattande tjänster är oskäligt betungande på grundval av beräkningen av kostnaderna för den som tillhandahåller samhällsomfattande tjänster, eftersom det i direktiv 2002/22 uttryckligen anges att dessa uppgifter ska fullgöras av de nationella regleringsmyndigheterna. Om den nationella lagstiftaren ger sig själv ställning som nationell regleringsmyndighet ska medlemsstaten, innan uppgifternas fullgörande inleds, efter samråd med kommissionen tydligt ange vilka uppgifter som tilldelats respektive myndighet.”